Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Gneist, Soll der Richter auch über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfassungsmässig zu Stande gekommen? 1863.
Schaffrath, Gehört auch die Verfassungsmässigkeit von Gesetzen zum Bereieh der richterlichen Entscheidung? 1863.

(Schluss.)

S. selbst hat bereits die obigen Einwürfe zum Theil zu beseitigen gesucht, so wenn er S. 29 s. no. 13, in den Einwurf, dass eine die Verfassung nicht achtende Regierung auch die verfassungstreuen Richter beseitigen würde, den verzweiflungsvollen Satz findet, dass Gewalt vor Recht gehe; allein der Kern des Einwurfs, wenigstens wie er hier gefasst wird, ist dadurch nicht berührt; es will ja nicht behauptet werden, die Regierung habe, weil die Macht so das Recht, Stände und Richter zu beseitigen, sondern es soll nur die Unzulänglichkeit des Schlusses von der Nothwendigkeit des Schutzes gegen eine den Weg der Verfassungsverletzung betretende Regierung auf die Nothwendigkeit des richterlichen Prüfungsrechts durch den Nachweis der Zufälligkeit dieses Schutzes gerade einer solchen Regierung gegenüber dargethan werden. Auch ist S. 27 no. 12 Reichensperger gegenüber, der gleichfalls auf die merkwürdigen Consequenzen der v. S. vertheidigten Ansicht aufmerksam machte, bemerkt, wenn diese Consequenzen auch Schwierigkeiten machen, so seien doch diese kein durchschlagender Grund gegen das Recht des Richters und manche derselben durch Verfassung und Gesetzgebung bereits abgeschnitten, so insbesondere in Beziehung auf die Theilnahme an der Wahl oder an ständischen Beschlüssen Seitens eines hiezu nicht Berechtigten. Allein in letzterer Beziehung muss wiederholt daran erinnert werden, dass ein Ständemitglied, das nach der Verfassung zum Sitz in der Versammlung nicht berechtigt ist, dieses Recht auch durch seine Legitimation und Zulassung in Wahrheit nicht erhalten kann, dass also seine Stimme materiell betrachtet immer nichtig bleibt, dass somit auch ein Gesez, bei dem ein solches Mitglied eine entscheidende Stimme abgab, in Wahrheit nichtig ist; wenn nun also doch der Richter die Nichtigkeit dieser Stimme nicht geltend machen darf, so zeigt sich eben darin, dass man mit dem Schluss „der Richter darf nur Gesetze anwenden, also muss er auch prüfen dürfen, ob ein Gesetz gültig zu Stand gekommen“ nicht überall auskommt.

Es wäre nicht schwer, die Gründe Schaffrath's der Reihe nach zu widerlegen, allein das Vorstehende dürfte genügen; denn alle haben nur eine Bedeutung auf der Grundlage der mechanischen Ansicht von

einer zulänglichen juristischen Verfassungsgarantie. Die ganze Theorie ist doch lediglich im Interesse der auf dem Boden der constitutionellen Monarchie sich aufwerfenden politischen Frage aufgestellt, sie hat ihre grosse Bedeutung doch lediglich für die Fälle politischer Differenzen zwischen dem Volk und der Regierung. Gerade in solchen Fällen aber muss der Beruf der Gerichte zur Entscheidung principiell in Zweifel gezogen werden und kann namentlich aus den allgemeinen Sätzen der Verfassungen über das Zustandekommen der Gesetze etc. und aus dem Mangel von Verboten des richterlichen Prüfungsrechts gar kein Schluss gezogen werden. Das constitutionelle Staatsrecht der repräsentativen Verfassungen Deutschlands hat sich bekanntlich nicht in der Weise ausgebildet, dass die gegenseitigen Rechte der Regierung und des Volks resp. der Stände fest begrenzt wären, vielmehr sind gerade die obersten Grundsätze dieses Staatsrechts verschiedener principiellen Auffassung fähig und kaum dürfte ein D. Staat zu nennen sein, in welchem jener principielle Kampf als definitiv beendigt anzusehen wäre. Dieser Thatsache gegenüber ist es aber ganz verfehlt, wenn man auf den Umweg der richterlichen Entscheidung — wenn auch nur bei Gelegenheit von Civil- und Criminalprocessen — jenen politischen Kampf entscheiden will, wenn also z. B. die Existenz des parlamentarischen Regierungs-Systems in einem Augenblick, wo über dieselbe zwischen den politischen Factoren der Kampf besteht, durch Richterspruch feststellen will. Hier würde der Richter allerdings über den Gesetzgeber sich stellen (S. 57 nr. 10).

Die Würde des Richters ist bedingt durch seine Partheilosigkeit d. h. dadurch, dass der Gegenstand, über den er entscheidet, sein Interesse nicht berührt, dass er somit seine Befriedigung lediglich in der Gesetzmässigkeit der Entscheidung findet, nicht in ihrem Inhalt. In politischen Fragen aber ist Niemand unpartheiisch und in die höchsten Fragen des constitutionellen Staatsrechts muss ohnehin Jedermann — ganz ohne Rücksicht auf seinen Character — seine politische Anschauung mitbringen. Es kann somit gar nicht fehlen, dass die Gerichte, wenn sie zur Beurtheilung politischer Fragen berufen werden, gerade das einbüssen, worauf ihre specifische Würde beruht. Diese Folge will auch S. nicht (S. 27 s. nr. 10). Aber sie ist vom Standpunkt seiner mechanischen Formel aus nicht abzuweisen.

Wenn übrigens nach der hier vertheidigten Ansicht die Politik nicht in das Gericht einziehen, sondern politische Fragen auf ihrem Gebiet zum Austrag kommen sollen, wenn S. geneigt sein möchte, hierin den verzweiflungsvollen Satz zu finden, dass Gewalt vor Recht

gehe, so mag er sich mit dem Troste trösten, den er selbst S. 30 gibt, indem er sich einen Augenblick von seinem Standpunkt losmacht „So schlimm steht es denn doch mit dem Rechte nicht. Die moralische Macht ist auch eine Macht."

Es mochte gestattet sein, der Schaffrath'schen Schrift diese längere Ausführung zu widmen, da diese Schrift, so klein sie ist, doch Alles zusammenfasst, was sich vom Standpunkt des Verfassers aus sagen lässt. Dagegen lässt sich das Referat über den Gneist'schen Aufsatz um so kürzer fassen — nicht etwa darum, weil er unbedeutender wäre, als die Schaffrath'sche Arbeit: gerade im Gegentheil ist er an Werth bedeutend grösser; sondern darum, weil Gneist einen ganz andern Weg eingeschlagen hat.

G. betrachtet den Gegenstand in 5 Abschnitten: im ersten gibt er die allgemeine Uebersicht über den Stand der Sache und stellt die Fragen fest, um die es sich handelt. Im zweiten Abschnitt wird sodann das englische Recht in Betreff der 3ten Frage kurz dargestellt oder, wie G. sagt, es wird „eine national-verwandte Staatsbildung, der die historische Continuität nicht fehlt, vergleichend gegenüber gestellt, um die Frage auf den Boden der Wirklichkeit, einer alten und stetigen Gerichtspraxis zurückzuführen." Im dritten Abschnitt wird untersucht, wie die Beantwortung jener Fragen sich auf dem Boden des Deutschen Rechts zu Reichszeiten gestaltete; im 4ten Abschnitt folgt diese Beantwortung auf der Grundlage der D. Verfassungen und im 5. Abschnitt endlich die Zurückweisung der in der Verhandlung des Juristentags vorgebrachten besonderen Einwendungen gegen die von G. vertheidigte Stellung der Gerichte.

Es ist nun allerdings in hohem Grad anzuerkennen, dass in der G'schen Schrift der historische Standpunkt eingenommen wird; es bewahrt dies vor der herkömmlichen trivialen Behandlung und erweitert den Gesichtskreis. In näherer Beziehung zur Beantwortung der aufgestellten Fragen für Deutschland scheint jedoch die Ausführung des 2ten Abschnittes keineswegs zu stehen. Die Ausführung des 3ten Abschnittes ist höchst interessant; aber sie zeigt gerade die Abhängigkeit unserer Frage vor der Entwicklung und Gestaltung des Staats auf's Deutlichste und zerstört dadurch den Zauber der hergebrachten logischen Formel vollkommen.

Wenn in diesem Abschnitt die Verschiedenheit der Beantwortung unserer Frage für die Reichsgerichte und die Territorialgerichte wesentlich auf den Umstand gestellt wird, dass das Reich eine feste, die

Theilnahme der Reichsstände an der Gesezgebung bestimmt normirende Verfassung hatte, während in den Territorien nicht dasselbe der Fall war, so ist doch daran zu erinnern, wie die Competenz der Reichsgerichte in Beziehung auf unsre Frage doch keineswegs bloss aus der Thatsache der Reichsverfassung, sondern ganz wesentlich aus ihrem besonderen Inhalt, aus der besonderen Stellung der Reichsstände sich ergab, welche in den Territorien durchaus keine analoge Bildung fand.

Darum ist auch die Ausführung des 4ten Abschnittes, die S. 20 in den Worten gipfelt „die Landesgesetze beruhen nunmehr ebenso auf einer festen notorischen Verfassung, wie die weiland Reichsgeseze. Es gilt bei ihnen also im Sinn deutscher Verfassungsurkunden der Grundsatz der Wahlcapitulation", und wobei G. die S. 17 angeführten Sätze J. J. Moser's als selbstverständlich stillschweigend mit einschliesst, nicht schlüssig.

Sehr zu bezweifeln ist, ob auf G'schem Standpunkt die Beschränkung der richterlichen Prüfung in Betreff der Nothverordnungen consequent war.

Wenn ferner G. die Gerichte bei Ausübung des Prüfungsrechts auf den Grundsatz, dass *instrumenta publica* eine Vermuthung der Wahrheit und Legalität begründen, hinweist, so ist gleichfalls sehr zu bezweifeln, ob der Satz, der Richter habe einen in der Form des Gesetzes auftretenden Erlass des Regenten so lang als Gesetz zu betrachten, als er sich nicht vollständig von dem Mangel der wesentlichen Erfordernisse des Zustandekommens eines Gesetzes überzeugt habe, aus der Präsumtion in Betreff der *instrumenta publica* abgeleitet werden kann. Es wird damit eine Fiction eingeführt, die hier ausgeschlossen sein sollte. Wenn das richterliche Prüfungsrecht auf den Satz gestellt wird, der Richter dürfe nur Gesetze anwenden, nur Anordnungen, welche im Sinn der Verfassung, wirklich Gesetze sind, dann ist jene Präsumtion eine reine Inconsequenz, dann muss vielmehr der Richter vor Allem die Prüfung vornehmen und darf nur das als Gesetz anerkennen, was er vermöge dieser Prüfung als solches positiv erkannt hat. Ja es hebt eigentlich diese Präsumtion das ganze richterliche Prüfungsrecht wieder auf, da ja die Präsumtion die Veranlassung der Prüfung beseitigt.

Endlich ist gegen die Bemerkung auf S. 23, „dass eine Jahrhunderte alte englische Praxis die Abgrenzung dieser Gebiete durch die Gerichte als ausführbar und zuverlässig bewährt" vom diesseitigen Standpunkt aus wiederholt zu bemerken, wie es keineswegs die Meinung ist, das richterliche Prüfungsrecht seinem Begriff nach zu negiren, sondern lediglich dessen Einordnung in den Organismus des Staats seiner

abstracten Affirmation gegenüber zu behaupten und demgemäss namentlich für den deutschen Staat in seiner dermaligen Gestaltung die formalen Consequenzen jener abstracten Auffassung mit ihrer Prätention zurückzuweisen.

Der 5te Abschnitt beschäftigt sich mit den besonderen Einwendungen gegen das richterliche Prüfungsrecht in gleichfalls höchst interessanter, geistvoller Weise. Doch ist von dem hier vertretenen Standpunkt aus noch zu 1) zu bemerken, dass die Frage von der richterlichen Unabhängigkeit ganz unberührt bleibt; wenn der Richter ein Gesetz für ungiltig hält und demgemäss einen Prozess so oder so entscheidet, so ist diese Entscheidung durchaus rechtsgiltig und kann nicht von der Regierung aufgehoben werden; ob aber der Richter hiebei seinen Beruf richtig erkannt und erfüllt habe, ist eine andere Frage. Punkt 2) steht principiell auf dem hier vertretenen Standpunkt und es muss nun eben die Frage, wo die *interna* aufhören, aus der Natur der Sache beantwortet werden; die abstracte Berufung auf die Unanwendbarkeit nichtiger Gesetze genügt nicht. Dem Punkt 3) ist durchaus beizustimmen, soweit er sich gegen die bekämpfte besondere Einordnung richtet. Sehr übertrieben ist es aber, wenn nur in der Stellung und dem aus gewohnheitsmässiger Beschäftigung hervorgehenden Sinn der Richtercollegien ein sicherer Schutz gegen die practische Einführung des Grundsatzes, dass alle Verordnungen ohne Weiteres Gesetzeskraft haben, gefunden wird. Ebenso ist Punkt 4) als Zurückweisung einer Einwendung durchaus anzuerkennen. Die Bemerkungen zu Punkt 5) scheinen nicht weniger, als die damit bekämpften Behauptungen jeder Bedeutung für die Frage vom richterlichen Prüfungsrecht zu entbehren. Ein nichtiges Gesetz oder eine in die Gesetzgebungssphäre eingreifende Verordnung ist immer eine Rechtsverletzung der Gesammtheit, nie bloss der Einzelnen. Weiter aber ist zu diesem Punkt insbesondere zu bestreiten, dass Gericht und gerichtliche Entscheidung nach festen Grundsätzen herkömmlich in dem ganzen für das richterliche Prüfungsrecht vindicirten Gebiet gelten. Punkt 6) giebt zu keiner Bemerkung Veranlassung. In Punkt 7) endlich wird der bedenklichste Einwurf gegen das richterliche Prüfungsrecht erörtert, der Einwurf der Undurchführbarkeit für den Fall der Octroirung eines neuen Wahlgesetzes etc. Sehr treffend und sehr fein macht hier G. darauf aufmerksam, wie die Beantwortung unsrer Frage zusammenhänge mit dem Grad der Befriedigung, die eine Verfassung gewährt. „So lange in den Dynastien wie in den Völkern der stille Wunsch lebt, die in den beschworenen Verfassungen enthaltenen Rechtsschranken bei erster günstiger Gelegenheit umzubiegen oder um-

zubrechen, wird man sich gern der Möglichkeit dessen offen halten, sei es im Namen der Autorität, sei es im Namen der Freiheit.“ Aber hinzugefügt muss werden, dass diese Offenhaltung durch Fernehaltung des Richters zugleich das Interesse des Richteramts und der Justiz selbst ist. Den Bereich dieser Fragen dem Richter öffnen, heisst, ihn in den Kampf, in die politische Reibung verwickeln, die seine Würde und sein Ansehen zerreiben und ihn, der der Hort des Rechtes sein sollte, zum politischen Organ, zum Organ der Parthei mitten in der Ausübung der Justiz machen wird.

Fricker.